

DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E SUA UTILIZAÇÃO PELOS CONSÓRCIOS

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Entre as inúmeras indagações ligadas ao instituto da alienação fiduciária em garantia, destaca-se, por sua relevância jurídica e interesse prático, a questão da legitimidade para assumir a posição contratual de proprietário fiduciário, com a conseqüente titulação à propositura das ações previstas no Decreto-lei 911/69, sob as garantias e prerrogativas de direito material e de direito processual previstas em tal diploma.

Ponderável corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta que somente as sociedades financeiras, em operação no mercado de capitais, são idôneas legalmente a assumir tal posição jurídica.

Em posição intermediária, com um abrandamento de conceitos, pode ser colocado José Carlos Moreira Alves. O renomado jurista afirma que não só as financeiras, mas também “qualquer instituição financeira em sentido amplo” — e cita as entidades bancárias e as entidades estatais e paraestatais tais como o INPS — poderá valer-se do instituto (Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 1973, Cap. II, pp. 101-103).

Terceira orientação — endossada inclusive por Nestor Forster, em douto parecer oferecido na apelação 13.125, do TARGS — é no sentido de uma ampla aplicabilidade da garantia real da alienação fiduciária, que “segue sendo

um contrato atípico, embora disciplinado em lei”; não tendo a lei qualificado o credor fiduciário, “não somente as financeiras, mas quaisquer outras pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, podem ser credoras fiduciárias, não sofrendo a lei qualquer arranhão com tal prática”. O conceituado parecerista não vê por que devam as financeiras ter “mais legitimidade que quaisquer outras instituições ou pessoas no uso de um instituto que ingressou em nosso ordenamento jurídico sem restrições de qualquer ordem e aberto ao uso de todos”.

A 2.^a Câmara Cível do TARGS, em acórdão unânime de que foi relator o signatário, adotou posicionamento no sentido de que apenas às financeiras, assim registradas no Banco Central, cabe titulação como proprietário fiduciário ao abrigo do Decreto-lei 911 (apel. 13.125, ac. de 30.11.76).

Não se trata, aqui, de perquirir se poderá a pessoa física, ou pessoa jurídica outra que não as sociedades financeiras (ou demais entidades expressamente apontadas em lei), contratar utilizando o instituto da propriedade resolúvel em garantia. Indaga-se é sobre a possibilidade de utilizarem tais pessoas a alienação fiduciária *tal como estruturada está na lei do mercado de capitais e no Decreto-lei 911*, isto é, com as excepcionais garantias ao credor conce-



didadas em tais leis, e reveladas processualmente nas ações de busca e apreensão, e de depósito.

Adotado o posicionamento extensivo, a alienação fiduciária iria talvez abrir caminho amplo ensejando, face à figura do depositário infiel (Decreto-lei 911, art. 4.º; Lei 4.728, art. 66, *caput*), a prisão civil por dívidas, à revelia da Lei Maior.

O eminente Paulo Restiffe Neto, em sua magnífica monografia sobre *Garantia Fiduciária* (2.ª ed., 1976, ns. 28 a 33), refere-se à tendência, adotada por Orlando Gomes, de ampliação do campo de incidência da garantia fiduciária. Mas transcreve (p. 79) a seguinte nota, constante da 4.ª ed., p. 142, da obra de Orlando Gomes: “A tendência é para admitir a extensão do Decreto-lei 911 a outras situações, mas, a vingar, se imporia a reformulação do instituto, regulando o negócio em termos gerais, sem o tratamento processual e penal que se lhe deu na regulamentação especial compreendida na lei de mercado de capitais”, ressalva esta que Restiffe considera “judiciosa e confortadora”.

Com efeito. A vingar a generalização do instituto, impor-se-ia previamente expungir regras somente compreensíveis tendo em vista uma incidência estrita e limitada, tais como a ação de busca e apreensão nos termos em que regulada se encontra no art. 3.º do Decreto-lei 911, a venda extrajudicial do bem independentemente até de avaliação, e, principalmente, a colocação legal do fiduciante como fiel depositário, sob responsabilidade penal e sujeito à ação de depósito e à prisão civil. Com a habitual excelência afirma Restiffe: “trata-se de direito excepcional, que só pode prevalecer para a ordem estrita de relações que teve em vista regular”... “Se não

é lícito ao intérprete restringir onde a lei não faz restrições, com maior razão não é lícito ampliar matéria de direito estrito” (ob. cit., p. 79).

O eminente magistrado paulistano alude ainda, na citada monografia, especificamente ao caso dos *consórcios*, ponderando que tanto a lei que os regula, Lei 5.768, de 20.12.71, como o Decreto 70.951, de 9.8.72, silenciam a respeito da possibilidade de utilização, pelos consórcios, do sistema da garantia da alienação fiduciária; a questão, assim, não poderá encontrar solução através de meras instruções fazendárias, “mas sim por lei, sob pena de ser ignorada nos pretórios” (ob. cit., p. 85).

E justifica-se a exegese estrita. As financeiras gozam de uma excepcional tutela a seus créditos pelo evidente motivo de que trabalham com numerário de terceiros, captado a numerosíssimas pessoas do público em geral, no mercado aberto de capitais. A solvência das financeiras atende precipuamente aos interesses de uma enorme gama de grandes, médios e pequenos investidores. Só por isso lhes foi concedida a busca e apreensão como ação principal, não meramente como ação cautelar; por isso a responsabilidade do fiduciante como fiel depositário, inclusive no plano do direito penal.

Já os consórcios operam com a pecúnia dos próprios consorciados, em sistema de autofinanciamento. Salvante a superveniência de lei expressa, o fato de os consórcios serem fiscalizados pelo Banco Central e sujeitos à liquidação extrajudicial tal como as entidades financeiras, a estas não os equipara para os efeitos do Decreto-lei 911. Não podem, pois, os consórcios, salvo o melhor juízo, propor as ações de busca e apreensão, ou de depósito, previstas na lei especial.